

REPUBBLICA ITALIANA

Il Giudice **dott. cons. Massimo Moriconi**

nella causa tra TA srl in persona del suo amministratore pro tempore (avv.ti P.G. e B.A.
attore

E

Roma Capitale in persona del Sindaco pro tempore (Avvocatura Comunale) convenuta

ha emesso e pubblicato, ai sensi dell'art. 281 sexies cpc, alla pubblica udienza del 25.5.2020,
facente parte integrale del verbale di udienza, la seguente

S E N T E N Z A

La motivazione che segue è stata redatta ai sensi dell'art.16-bis, comma 9-octies (aggiunto
dall'art. 19, comma 1, lett. a, n. 2-ter, D.L. 27 giugno 2015, n. 83,

convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132) decreto-legge 18

ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n.

221 secondo cui *gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalita' telematiche sono redatti in maniera sintetica.*

Poiché già la novella di cui alla l. 18 giugno 2009, n. 69 era intervenuta sugli artt.132 cpc e 118
att.cpc , prevedendo che la sentenza va motivata con una **concisa e succinta** esposizione delle
ragioni di fatto e di diritto della decisione, occorre attribuire al nuovo intervento un qualche
significato sostanziale, che tale non sarebbe se si ritenesse che l'innovazione ultima sia
puramente ripetitiva – mero sinonimo- del concetto già precedentemente espresso.

La necessità di smaltimento dei ruoli esorbitanti e le prescrizioni di legge e regolamentari (cfr.
Strasburgo 2) circa la necessità di contenere la durata della cause, impongono pertanto
applicazione di uno stile motivazionale **sintetico** che è stile più stringente di previgente alla
disposizione dell'art. 19, comma 1, lett. a, n. 2-ter, d.l.83/2015

letti gli atti e le istanze delle parti, osserva:

-1- I fatti rilevanti

L'allagamento si verificava in data 30 e 31 gennaio 2014.

L'attrice premetteva di esercitare l'attività di Officina, Carrozzeria, Elettrauto, Gommista e
Revisione auto nei locali siti in Roma, alla via AP n. 1 all'interno di un capannone con destinazione
artigianale, della superficie di mq 633,50 composto da area Carrozzeria, Autofficina, Centro
Revisioni/Meccanica, oltre che dagli annessi uffici e dall'area di pertinenza esterna

Ricordava che a seguito del forte temporale che aveva colpito la città di Roma in data 30 e 31 gennaio 2014 (ed in particolare il Quartiere di Prima Porta all'interno del quale è sito lo stabile anzidetto), l'immobile era stato invaso dalle acque piovane, con conseguente integrale allagamento dei locali.

Lamentava che l'innalzamento del livello dell'acqua aveva interessato tutte le aree dello stabile, sommergendo tutti gli impianti, le attrezzature elettroniche e meccaniche utilizzate nell'esercizio delle attività summenzionate, comprese le attrezzature hardware per la revisione auto, il magazzino ricambi, gli archivi cartacei (comprensivo tanto degli archivi revisioni, nonché buona parte dell'archivio contabile contenente fatture, libri e documenti), ed anche gli autoveicoli presenti tanto all'interno, quanto all'esterno degli stessi;

Segnalava l'attrice che l'evento climatico del 30 e 31 gennaio 2014, episodio **particolarmente gravoso di cui si era parlato sui principali quotidiani e siti web nazionali, era stato ampiamente previsto nei giorni precedenti dalle stazioni meteo (doc. 1 e n. 2) ed era imputabile a negligenza del Comune di Roma per il mancato funzionamento delle idrovore e dall'insufficiente manutenzione dei tombini.**

Il Comune di Roma si costituiva e contestava sia nell'*an* che nel *quantum* le domande avverse, rilevando in particolare che nel caso di specie si era trattato di un evento temporalesco di eccezionale intensità tale da integrare il caso fortuito.

Il giudice, disposta ed acquisita consulenza tecnica, disponeva, con ordinanza del 28.1.2019, la mediazione demandata, per il caso che sulla proposta, che contestualmente formulava ex art.185 bis, le parti non avessero raggiunto un accordo.

-2- L'ordinanza del 28.1.2019 e l'invio in mediazione demandata

Con la suddetta ordinanza il giudice proponeva:

“il pagamento a favore di srl TA ed a carico di Roma Capitale di una somma ricompresa, in via mediana, in un range fra €. 35.000 e 45.000 =

Oltre al pagamento, a carico della stessa parte, di un contributo alle spese di causa a favore di srl TA per l'importo di €.5.000,00 oltre IVA CAP e spese generali; nonché spese di consulenza tecnica di uffici”.

In particolare, e fra l'altro, l'ordinanza così motivava sulla proposta:

“Gli atti di causa e le risultanze della consulenza tecnica di ufficio depongono per una situazione eccezionale che potrebbe integrare il caso fortuito. Sul quale, in ogni caso, si innestano inadempienze di Roma Capitale che possono avere aggravato quello che sarebbe potuto risultare un danno non evitabile.

L'attrice accettava la proposta del giudice (cfr. verbale 4.11.2019), non così il Comune di Roma che neppure si presentava in mediazione”.

-3- La (in)sussistenza di un giustificato motivo per non aderire, non presentandosi, all'incontro di mediazione da parte dell'ente convenuto

Il nuovo testo dell'art.8 del decr.lgs.28/10 prevede che *al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento.* La norma è stata, condivisibilmente, interpretata dalla giurisprudenza nel senso che solo in presenza di ragioni formali dirimenti (più precisamente di *questioni pregiudiziali che ne impediscano la procedibilità*) sia ammissibile fermarsi alla fase introduttiva del primo incontro senza procedere oltre.

In questo contesto, non è frequente ravvisare un caso in cui possa sussistere un giustificato motivo che autorizzi l'assenza *tout court* davanti al mediatore della parte convocata.

In ogni caso l'onere di allegare e provare la sussistenza di una valida giustificazione incombeva all'Ente Territoriale che non l'ha assolta.

Non può essere obliterato che a monte del provvedimento di invio in mediazione vi è la valutazione del giudice che ha esaminato gli atti, studiato le posizioni delle parti, ed infine adottato un provvedimento che, in relazione alle circostanze tutte indicate dal secondo comma dell'art.5 decr.lgs.28/2010, testimonia il convincimento maturato dal magistrato circa l'utilità di un percorso di mediazione nell'ambito del quale le parti avrebbero potuto approfondire e discutere liberamente le rispettive posizioni fino al raggiungimento di un accordo per entrambe vantaggioso.

Vale ricordare che la partecipazione al procedimento di mediazione demandata è obbligatoria per legge e che proprio in considerazione di ciò NON è giustificabile una negativa e generalizzata scelta aprioristica di rifiuto e di non partecipazione al procedimento di mediazione. Neppure ove tale condotta muova dal timore di incorrere in danno erariale a seguito della conciliazione. Va infatti considerato che in tale timore è insita un'aporìa. A prescindere che esiste la possibilità di un autorevole e rassicurante ausilio nel percorso conciliativo in mediazione ¹, sta di fatto che anche osservando le indicazioni contenute nelle linee guida in materia di mediazione nelle controversie civili e commerciali per l'attuazione dei procedimenti di mediazione di cui al decreto legislativo nr 28/20.

, nel disciplinare la mediazione, sia dal punto di vista attivo che passivo, non fa alcuna eccezione per quanto riguarda l'ente pubblico.

Un pregiudizio in tale senso pertanto costituisce un controsenso.

Occorre forse supporre che se una P.A. deve introdurre una causa in una delle materie di cui all'art. 5 co. 1 bis del decr.lgs.20/2010, promuove necessariamente – dovendo scontare altrimenti l'improcedibilità – il procedimento di mediazione, ma lo fa con la riserva mentale di non accordarsi mai !?

Si tratterebbe, se così fosse, di un paradossale *non pòssumus* nonché di un pessimo esempio da parte dell'amministrazione pubblica di deliberata e pregiudiziale disapplicazione di una legge dello Stato.

Del tutto contraria alle apprezzabili finalità della legge.

Che è quella del raggiungimento di accordi conciliativi, senza alcuna eccezione soggettiva.

Le P.A. pertanto hanno, *in subiecta materia*, gli stessi oneri e obblighi di qualsiasi altro soggetto.

Fermo restando che è opportuno proceduralizzare la loro condotta al riguardo.

Il che sta a significare che è opportuno che il soggetto incaricato di rappresentare la PA in mediazione previamente concordi con chi ha il potere dispositivo del diritto un chiaro e determinato perimetro all'interno del quale il funzionario delegato possa serenamente condurre le trattative.

Nel caso di specie inoltre proprio in virtù delle indicazioni motivazionali (nel merito della vicenda) di cui all'ordinanza del 28.1.2019 sussistevano elevate possibilità di pervenire ad un accordo conveniente anche per il Comune di Roma.

Risulta pertanto comprovato che non sussisteva un giustificato motivo per la mancata comparizione del Comune di Roma nel procedimento di mediazione; ma che tale rifiuto è irragionevole, illogico e contrario allo spirito ed alla lettera della legge.

-4- Le conseguenze previste dall'art.8 del decr.lgsl.28/10 per la mancata partecipazione del soggetto ritualmente convocato al procedimento

2010, n. 28, recante "Attuazione dell'art. 60 della Legge 18 giugno 2009, n.69 in materia di mediazi finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" circolare DFP 33633 10/08/20 n. 9/2012 per le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001.

di mediazione attivato dall'attore su disposizione del giudice ex art.5 co.II° comma

L'art.8 co.IV° bis prima parte del decr. lgs. 28/2010 relativamente alla *mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione* prevede che *il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile.*

La norma si applica a differenza della seconda parte dell'art. 8 co.IV° (relativa al contributo unificato) che riguarda solo le parti costituite, a tutte le parti.

-5- Le conseguenze, sul merito della causa, della mancata comparizione del Comune di Roma , senza giustificato motivo, l'art.116

La mancata partecipazione, senza una valida giustificazione, al procedimento di mediazione

(obbligatoria o demandata), costituisce condotta di per sé grave perché idonea a determinare la introduzione ovvero, se già pendente, l'incrostazione ed il prolungamento di una controversia in un contesto giudiziario, quello italiano, già ampiamente saturo nei numeri e troppo dilatato nella durata.

Quanto alla possibilità di valorizzare, nel processo, come argomento di prova a sfavore di una parte, la mancata comparizione in mediazione, senza giustificato motivo, della parte convocata, si confrontano nella giurisprudenza due diverse opinioni.

Secondo una prima tesi la decisione del giudice non può essere fondata esclusivamente sull'art. 116 c.p.c., cioè su circostanze alle quali la legge non assegna il valore di piena prova, potendo tali circostanze valere in funzione integrativa e rafforzativa di altre acquisizioni probatorie.

Secondo altra opinione non vi è alcun divieto nella legge affinché il giudice possa fondare solo su tali circostanze la sua decisione, valendo come unico limite quello di una coerenza e logica motivazionale in relazione al caso concreto.

È espressione della prima teoria l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui la norma dettata dall'art. 116 comma 2 c.p.c., nell'abilitare il giudice a desumere argomenti di prova dalle risposte date dalle parti nell'interrogatorio non formale, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni da esso ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo, non istituisce un nesso di consequenzialità necessaria tra eventuali omissioni e soccombenza della parte

ritenuta negligente, ma si limita a stabilire che dal comportamento della parte il giudice possa trarre 'argomenti di prova', e non basare in via esclusiva la decisione, che va comunque adottata e motivata tenendo conto di tutte le altre risultanze (fra le tante Cassazione civile, sez. trib., 17/01/2002, n. 443).

La norma in questione merita senz'altro una maggiore utilizzazione anche se a differenza di altri casi in cui da una determinata circostanza è consentito ritenere provato *tout court* il fatto a carico della parte che tale circostanza subisce, in questo caso la legge prevede che il giudice possa utilizzarla per trarre dalle circostanze valorizzate "argomenti di prova".

La norma dell'art.116 c.p.c. viene richiamata dal legislatore della mediazione (art.8 decr. lgs. cit.) nell'ambito della ricerca ed elaborazione di una serie di incentivi e deterrenti volti a indurre le parti, con la previsione di vantaggi per chi partecipa alla mediazione e di svantaggi per chi al contrario la rifugge, a comparire in sede di mediazione al fine di pervenire a un accordo amichevole che prevenga o ponga fine alle liti

Ciò sul presupposto che le statistiche ufficiali dimostrano sempre più alte percentuali di accordi in presenza della comparizione della parte convocata.

Ne consegue, tali essendo le finalità del richiamo dell'art.116 c.p.c nel decr. lgs. 28/10, che equivarrebbe a tradire la *ratio* della norma, svalutarne la portata, considerandola una mera e quasi irrilevante appendice nel corredo dei mezzi probatori previsti dall'ordinamento giuridico.

Va considerato che nell'attuale situazione, affetta da una endemica lunghezza nei tempi di risposta alla domanda di giustizia, causata principalmente dalla imponente mole di cause iscritte nei tribunali e delle corti; e viste le sempre più gravi e negative conseguenze sociali, economiche e di immagine anche internazionale del Paese, derivanti dal ritardo nella definizione dei processi, sia necessario rivalutare quanto previsto dall'art.116 cpc

È necessario tuttavia fissare delle regole precise al riguardo.

Deve essere ben chiaro in primo luogo che la mancata comparizione in sede di mediazione potrà costituire argomento per corroborare o indebolire una tesi giuridica, che dovrà sempre essere risolta esclusivamente in punto di diritto.

A favore o contro la parte non comparsa in mediazione.

Ed infatti lo strumento offerto dall'art. 116 c.p.c. attiene ai mezzi che il giudice valuta, nell'ambito delle *prove libere* (vale a dire dove si esplica il principio del

libero convincimento del giudice precluso in presenza di *prova legale*) ai fini dell'accertamento del fatto.

L'argomento di prova appartiene all'ampio armamentario degli strumenti utilizzati dal giudice in un ambito in cui non opera la prova diretta, vale a dire quella dove si ha a disposizione un fatto dal quale si può fondare direttamente il convincimento.

Nel processo di inferenza dal fatto al convincimento l'argomento di prova ha la stessa potenzialità probatoria indiretta degli indizi.

E come le presunzioni semplici ha come stella polare il criterio della *prudenza* (art. 2729 c.c.) che deve illuminarne l'utilizzo da parte del giudice.

Va ricordata quella giurisprudenza della Suprema Corte che ha ritenuto che l'effetto previsto dall'art. 116 c.p.c. può – secondo le circostanze – *anche costituire unica e sufficiente fonte di prova* (Cassazione civile, sez. III, 16/07/2002, n. 10268, che così si esprime: *Quanto a questa ultima norma –art. 116 c.p.c. n.d.r.- in particolare, essa attribuisce certo al giudice il potere di trarre argomento di prova dal comportamento processuale delle parti – e però, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, ciò non significa solo che il comportamento processuale della parte può orientare la valutazione del risultato di altri procedimenti probatori, ma anche che esso può da solo somministrare la prova dei fatti, Cass. 6 luglio 1998 n. 6568; 1 aprile 1995 n. 3822; 5 gennaio 1995 n. 193; 14 settembre 1993 n. 9514; 13 luglio*

1991 n. 7800; 25 giugno 1985 n. 3800).

Tuttavia il giudice opina che almeno di regola e secondo le circostanze sia preferibile ritenere che gli argomenti di prova che possono essere desunti dall'ingiustificata mancata comparizione della parte chiamata in mediazione abbiano lo scopo e l'utilità di integrare gli elementi di giudizio già presenti.

Alla luce di quanto precede, si ritiene che la ritenuta assenza di un giustificato motivo per la

mancata partecipazione dell'ente territoriale alla mediazione demandata dal giudice, in forza del combinato disposto degli artt. 8 co.IV° bis del decr. lgsl. 28/2010 e art. 116 c.p.c., concorra alla valutazione del materiale probatorio già acquisito, nel senso di ritenere raggiunta la prova – per quanto e nei limiti *infra* illustrati – integrativa degli esiti della consulenza tecnica di ufficio, che, per quanto il temporale fosse di dimensioni molto forti, la circostanza della sussistenza di gravi e molteplici inadempimenti agli obblighi di tutela e manutenzione degli impianti che incombevano all'ente proprietario abbia aggravato i danni causati alle proprietà dell'attrice, che in caso contrario, sarebbero stati di minore entità.

-6- Le risultanze probatorie ed il risarcimento dei danni

Oltre al fattore probatorio testé evidenziato, si valorizzano le risultanze, del tutto condivisibili perché frutto di meticolosa accurata indagine, del consulente del giudice, per il che si rimanda alla relazione peritale del 20.11.2018.

In particolare il C.T.U. accertava che l'alluvione della zona di Prima Porta avvenuta tra il 31 gennaio e il 4 febbraio 2014 (i conseguenti documentati danni, cfr. anche fotografie molto significative al riguardo) sia stata determinata dalle seguenti cause:

dal verificarsi di un evento piovoso eccezionale che ha colpito l'intera città di Roma;

problematiche strutturali impiantistiche già note alle autorità competenti, come risulta dallo studio commissionato dallo stesso Comune di Roma dal 2006, ovvero:

*insufficienza del reticolo fognario e delle sezioni dei fossi di drenaggio superficiale;
malfunzionamento e insufficienza degli impianti idrovori esistenti.*

Lo stesso CTU segnalava peraltro che successivamente al nubifragio avvenuto nel 2014, e precisamente nel 2015, sono iniziati i lavori di costruzione dell'impianto idrovore di Via Procaccini, proprio in adiacenza dell'immobile oggetto di relazione. E' stata realizzata una vasca di ml. 18 di diametro e 10 di profondità, nella quale sono state posizionate le idrovore, una stazione di pompaggio delle acque e opere fognarie collaterali.

I danni causati alla TA srl ammontano complessivamente alla somma di **€.53.746,92**, secondo gli accurati e condivisibili accertamenti del C.T.U..

-7- La responsabilità di Roma Capitale

Si ritiene, in fatto, che le inadempienze di Roma Capitale abbiano contribuito all'allagamento dei locali della società attrice.

In punto di diritto, ciò comporta, ex art. 41 cp, che il fatto (causalità materiale) sia per intero addebitabile all'Ente convenuto.

Quanto ai danni, in ordine alla causalità giuridica, si può ritenere che solo una parte di essi sia imputabile al Comune di Roma, dovendosi tenere in debito conto la circostanza che l'evento temporalesco, di natura eccezionale, avrebbe comunque causato danni alle proprietà della srl Tuttauto 87, anche in presenza di adempimento agli obblighi che in base ai principi espressi

dall'art. 2051 cc (pienamente applicabile alla fattispecie) incombevano sul proprietario (Roma Capitale).

In via equitativa, non essendo altrimenti possibile un'esatta quantificazione, si può ritenere che l'addebito al Comune vada allogato nella percentuale dell'80% e così per la somma complessiva di € 43.000 al cui pagamento in favore dell'attrice Roma Capitale va condannata. Con gli interessi legali dalla data del fatto al saldo.

-8 – Le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla mancata ingiustificata partecipazione al procedimento di mediazione previste dal *decr.lgs.28/2010* – La sanzione del pagamento a favore dell'erario di una somma pari al contributo unificato.

Non avendo partecipato, ingiustificatamente, Roma Capitale al procedimento di mediazione al quale era stata convocata la stessa va condannata al versamento all'Erario di una somma corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.

-9- Le conseguenze ulteriori per la inottemperanza alla disposizione del giudice ex art.5 co.II° – La responsabilità aggravata di cui all'art.96 III° comma cpc Presupposti e ragioni della sua applicabilità alla mediazione – A) L'art.8 comma quarto bis del *decr.lgs.28/10* non esaurisce gli strumenti sanzionatori posti a presidio dell'effettivo svolgimento della mediazione – B) Le condotte dei soggetti coinvolti nel procedimento di mediazione sono suscumbibili nell'area di applicazione dell'art.96 cpc – C) L'art.96 cpc in combinato disposto con l'art. 3 Cost. in funzione riequilibratrice del sistema sanzionatorio apprestato per l'effettivo svolgimento della mediazione.

Occorre rispondere ad alcuni interrogativi attinenti :

1. al dubbio che l'art.8 comma quarto bis del *decr.lgs.28/10* possa esaurire, delimitandoli in modo non estensibile, gli strumenti legali *latu sensu* sanzionatori posti a presidio dell'effettivo svolgimento della mediazione;
2. alla pertinenza o meno delle condotte dei soggetti coinvolti nel procedimento di mediazione a quelle suscumbibili nell'area di interesse dell'art.96 cpc;
3. alla sussistenza della colpa grave.

Ed ancora, chiedersi se il sistema *latu sensu* sanzionatorio apprestato dal *decr.lgs.28/2010* a presidio dell'effettivo svolgimento della mediazione sia conforme all'art.3 della Costituzione.

1. Quanto al primo interrogativo va osservato:

contro il rischio della mancata ingiustificata partecipazione al procedimento di mediazione l'art.8 comma quarto bis del *decr.lgs.28/10* predispone specifici deterrenti e precisamente la possibilità dell'utilizzo dell'art.116 cpc da parte del giudice e la condanna al pagamento di una somma pari al

contributo unificato dovuto per il giudizio.

Alla domanda se possa essere applicata anche la sanzione di cui all'art.96 cpc non espressamente menzionata dall'art.8 decr.lgsi.cit, si deve dare risposta univocamente affermativa.

Che si impone, non potendo valere a pena di grave *vulnus* al sistema processuale, il brocardo *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*

Invero, l'art. 96 cpc è norma aperta, cioè di generale applicazione e non può neppure concettualmente essere ipotizzata, pena una grave aporia, un'interpretazione che condizioni il suo perimetro applicativo all'esistenza di una espressa previsione per singoli casi.

Ciò trova conferma nello stesso decr.lgsi.28/10 che all'art.13, all'atto di prevedere una specifica disciplina delle spese di causa in materia di proposta del mediatore irragionevolmente non accettata, fa comunque salva l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile

Piuttosto quindi, è giocoforza affermare che sono gli strumenti previsti dall'art.8 del decr.lgsi.28/10 ad aggiungersi, in virtù di una specifica previsione di legge, alle norme di generale applicazione (qual'è l'art.96 cpc) per le quali non è necessario uno specifico richiamo ²

Quanto al secondo interrogativo va osservato:

La possibilità di applicare l'art.96 cpc, nel caso di ingiustificata partecipazione della parte convocata al procedimento di mediazione deriva dai seguenti e convergenti parametri logico-sistematici:

1. nel caso dell'art.5 II° decr.lgs.28/2010 (diversamente dalla mediazione obbligatoria) il giudice ha effettuato una valutazione di mediabilità concreta e specifica (relativa all'*an*, al momento in cui disporla, ed alle circostanze oggettive e soggettive che hanno evidenziato l'utilità del tentativo di conciliazione): il disvalore del rifiuto di partecipare all'incontro è quindi, all'evidenza, ben più elevato rispetto al caso della mediazione obbligatoria;

1. l'applicazione della misura sanzionatoria (dell'art.96 III°) non è una conseguenza automatica della mancata partecipazione, ma di una valutazione specifica e complessiva della condotta del soggetto renitente con riferimento, fra l'altro ma non solo, all'assenza di giustificati motivi per non partecipare ed al grado di probabilità del raggiungimento di un accordo in caso di partecipazione (fattore quest'ultimo che, in questo caso il giudice aveva ben evidenziato nell'ordinanza di invio); cosicché tanto più alte ed evidenti si appalesano tali possibilità tanto più grave e meritevole di sanzione (art.96 cpc) si connota l'ingiustificato rifiuto;

1. il collegamento, già insito nell'essere la mediazione condizione di procedibilità, fra procedimento giudiziario (causa) e procedimento esterno (mediazione) è strettissimo e sincronico nella mediazione demandata. Nella quale si radicano più che altrove, molteplici punti di contatto e di interferenza con la causa (le indicazioni offerte alle parti ed al mediatore da parte del giudice nell'ordinanza di invio in mediazione demandata; la proposta del mediatore – che il giudice può propiziare nell'ordinanza – con i suoi possibili riflessi nella causa in caso di mancato accordo; la consulenza in

2 il richiamo all'art.116 cpc da parte dell'art.8 dec.lgs. cit., è stato invece opportuno, stante la formulazione di disposizione la cui applicazione alla mediazione, a prescindere dal richiamo, poteva apparire di dubbia percorribilità

mediazione con gli effetti della producibilità ed utilizzabilità nella causa in caso di mancato accordo, alla stregua dei requisiti, con i limiti e per gli effetti indicati dalla giurisprudenza etc.);

la *doverosità* della partecipazione delle parti al procedimento di mediazione, se è predicata in modo *diretto* dalla legge per quanto riguarda la parte onerata dalla condizione di procedibilità, e solo *indiretto*, come si argomenta dal contenuto dell'art. 8 co.4 bis decr.lgs.28/10, per quanto riguarda il convenuto, acquista ben più pregnante spessore e cogenza, quanto a quest'ultimo, a seguito della mediazione demandata riformata, nella quale l'ordine (e non come nel testo previgente un mero invito), del giudice si rivolge direttamente a tutte le parti, nessuna esclusa, rendendo manifesta ed esplicita la doverosità della partecipazione al procedimento di mediazione. In entrambi i casi la circostanza che siano state previste delle sanzioni per la mancata partecipazione attesta formalmente ciò che è ovvio sostanzialmente, vale a dire che l'attivazione della procedura di mediazione non afferisce solo ad un onere, in quanto a seguito dell'istanza nascono obblighi – sanzionati – di partecipazione a carico di tutte le parti in conflitto (istante e chiamato)

Emerge con evidenza da quanto precede che con l'applicazione dell'art.96 co. III° viene sanzionata la condotta del soggetto renitente prima di tutto *processuale*, cioè *interna ed appartenente alla causa*, dove tale espressione afferisce alla scelta del soggetto di non tenere nella giusta considerazione l'ordine impartitogli dal giudice, opponendogli un ingiustificato rifiuto.

Ne consegue che l'applicazione dell'art.96 co.III° cpc alla fattispecie della mancata partecipazione al procedimento di mediazione demandata non è solo questione ed interesse dell'istituto della mediazione, al cui presidio soccorrono (anche) norme interne alla legge che la disciplina (art. 8 decr.lgs.28/2010), *ma ben di più e prima*, di disciplina del processo e di condotta processuale, che si qualifica scorretta e sanzionabile proprio nella misura in cui senza valida ragione viene disatteso un ordine legalmente dato dal giudice.

Art. 96 cpc, mediazione ed art. 3 della Costituzione

L'applicazione dell'art. 96 III° può avere inoltre, nel contesto di cui si discute, la funzione di un salutare e necessario riequilibrio del sistema sanzionatorio della

mediazione, altrimenti palesemente sbilenco. E, in definitiva, consentire una interpretazione costituzionalmente orientata (dall'art.3 Cost.), delle norme che la disciplinano.

Come è noto, l'attivazione del procedimento di mediazione è stata dal legislatore prevista quale condizione di procedibilità (art.5 decr.lgs.28/2010) delle domande giudiziali nelle materie di cui all'art.1 bis decr.lgs. cit. (mediazione obbligatoria), come pure, dal 2013 ed a prescindere dalla materia, nel caso di mediazione demandata dal giudice.

Qual'è la ragione d'essere di tale condizione di procedibilità e quale l'obiettivo del legislatore ?

La risposta al primo interrogativo è molto agevole.

Una riforma epocale destinata ad incidere profondamente ed in modo definitivo su una antica cultura giuridica formata ed avvezzata pressoché esclusivamente all'aspra gestione della contesa giudiziale, con l'innesto di una massiccia dose di cultura conciliativa, non può produrre i suoi effetti, da un giorno all'altro, solo con un invito del legislatore.

Occorrono forti incentivi e deterrenti per le prevedibili naturali resistenze al Nuovo, anche quando sicuramente, come in questo caso, un Nuovo molto positivo, perché diretto a rivitalizzare la giurisdizione valorizzandola negli ambiti dove è davvero necessaria. Senza la pretesa, che sarebbe errata e velleitaria, di sostituirla *tout court*, ma affiancandole un valore aggiunto che consiste nella possibilità per le parti, in moltissimi casi, nell'area dei diritti disponibili, di pervenire con l'aiuto di un mediatore professionale e imparziale, all'accordo. Prevenendo o ponendo fine ad una lite.

Una cultura quindi della pacificazione sociale, piuttosto dell'exasperazione del conflitto giudiziario immanente ed ubiquo.

Anche per l'individuazione dell'obiettivo, la risposta è agevole.

Si può ipotizzare che il legislatore si volesse accontentare del semplice dato formale dell'avvenuta presentazione dell'istanza di mediazione da parte del soggetto onerato ? Si può ipotizzare che per il legislatore fosse del tutto indifferente che l'istante si presentasse effettivamente davanti al mediatore per esperire la mediazione ?

E che potesse essere sufficiente, per le esigenze perseguite con questa riforma, un ruolo del

mediatore puramente notarile, di attestazione dell'avvenuta presentazione della domanda ?

E' del tutto evidente, al contrario, che il legislatore ha perseguito un obiettivo sostanziale, vale a dire che le parti in conflitto esperissero concretamente la mediazione, vale a dire si incontrassero personalmente e tentassero, discutendo con la presenza attiva e fattiva del mediatore, di accordarsi.

A questo serve la condizione di procedibilità.

Per questo è stata prevista per la parte onerata una sanzione assai pesante, vale a dire l'improcedibilità della domanda con conseguente condanna alle spese, per il caso di non attivazione del procedimento di mediazione, obbligatoria e demandata.

Se così stanno le cose e così precisamente stanno, non v'è chi non veda come il raggiungimento di tale obiettivo si scontra con la irragionevole sproporzione, al ribasso, della sanzione prevista a carico del soggetto convocato renitente.

Quest'ultimo, per quanto ingiustificata sia la sua assenza, subisce l'applicazione (certa) di una sanzione pari al contributo unificato, all'evidenza di scarsa o nulla deterrenza (essendo una somma fissa, del tutto imbelle per soggetti possidenti, come enti, assicurazioni, banche e per stare al caso in esame ad un ente territoriale), e l'eventuale utilizzo da parte del giudice dell'art. 116 cpc le cui limitate potenzialità sono state *supra* ampiamente descritte e che, peraltro, nel caso in cui la soccombenza sia stata per altro verso già attinta, è del tutto fuori luogo ed inutile.

Da ciò risulta chiaramente dimostrata la sostanziale irragionevolezza costituzionale di una interpretazione della partecipazione all'incontro di mediazione adeguatamente presidiata solo nei confronti di una sola delle parti in conflitto e non dell'altra e quindi e per converso, la correttezza logico-giuridica dell'utilizzo dell'art.96 III° cpc (anche) in funzione riequilibratrice delle posizioni delle parti rispetto ai mezzi legali applicabili per rendere effettiva la loro partecipazione all'esperimento di mediazione.

-10- Il contenuto dell'art. 96 III° Il dolo o la colpa grave –

L'inottemperanza, ingiustificata, della parte all'ordine del giudice ex art. 5 comma II° decr.lgs.28/10, di partecipare alla mediazione, costituisce grave inadempienza, dalla quale può discendere l'applicazione della sanzione di cui al terzo comma dell'art.96 cpc.

L'art. 96 dispone che:

I° se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza.

II° Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziaria, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei

danni è fatta a norma del comma precedente.

E per quel che qui interessa:

III° In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice,

anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata

La norma del terzo comma introdotta dalla l.18.6.2009 n.69 ed entrata in vigore dal 4.7.2009 ha cambiato completamente il quadro previgente con alcune importanti novità:

- in primo luogo non è più necessario allegare e dimostrare l'esistenza di un danno che abbia tutti i connotati giuridici per essere ammesso a risarcimento essendo semplicemente previsto che il giudice condanna la parte soccombente al pagamento di un *somma di denaro* ;
- non si tratta di un risarcimento ma di un indennizzo (se si pensa alla parte a cui favore viene concesso) e di una punizione (per aver appesantito inutilmente il corso della giustizia, se si ha riguardo allo Stato), di cui viene gravata la parte che ha agito con imprudenza, colpa o dolo;
- l'ammontare della somma è lasciata alla discrezionalità del giudice che ha come unico parametro di legge l'equità per il che non si potrà che avere riguardo, da parte del giudice, a tutte le circostanze del caso per determinare in modo adeguato la somma attribuita alla parte vittoriosa;
- a differenza delle ipotesi classiche (primo e secondo comma) il giudice provvede ad applicare quella che si presenta né più né meno che come una sanzione d'ufficio a carico della parte soccombente e non (necessariamente) su richiesta di parte;
- infine, la possibilità di attivazione della norma non è necessariamente correlata alla sussistenza delle fattispecie del primo e secondo comma.

Come rivela in modo inequivoco la locuzione *in ogni caso* la condanna di cui al terzo comma può essere emessa sia nelle situazioni di cui ai primi due commi dell'art. 96 e sia in ogni altro caso. E quindi in tutti i casi in cui tale condanna, anche al di fuori dei primi due commi, appaia ragionevole.

La giurisprudenza che richiedeva la sussistenza della gravità della colpa (ove non fosse presente il dolo) è stata di recente superata: **cfr. Cass. ord. Sez.III 29.5/10.9.2018 n.21943 secondo la quale ad integrare il presupposto soggettivo della condanna ex art. 96 co.III° è sufficiente la sussistenza di condotte pretestuose.**

Nel caso in esame, in presenza di chiare e comprovate circostanze (indicate dal giudice nell'ordinanza di invio in mediazione) che imponevano a tutta evidenza di dismettere una posizione processuale di ostinata pregiudiziale e pervicace resistenza, la condotta della P.A. convenuta che ha scelto deliberatamente quanto ingiustificatamente di non aderire alla mediazione demandata dal giudice, integra certamente dolo o colpa grave.

Deve affermarsi che il volontario ed ingiustificato rifiuto di aderire ad un ordine del giudice civile, legittimamente dato, va sempre considerato grave ed infatti l'ordinamento prevede rimedi,

sanzioni e deterrenti di variegata natura e contenuto, a carico della parte (e talvolta anche del terzo) renitente.

Per il convergente e necessario fine che l'ordine non rimanga *telum imbelles sine ictu* e venga in tal modo, in maggiore o minore misura, intralciato e sabotato il buon governo della causa da parte del giudice.

Ed infatti se gli ordini del giudice, quando previsti e impartiti, potessero essere impunemente rimanere vani e inascoltati, il sistema processuale verrebbe gravemente depotenziato con forti e irreparabili ricadute sulla sua efficienza e, di conseguenza, gli stessi fondamenti sociali della civile convivenza verrebbero messi a repentaglio.

In realtà lo *iussum* del giudice trova sempre un adeguato presidio nell'ordinamento. Di ciò può essere data ampia prova e di esempi se ne possono fare in gran numero. Fermo restando che lo stesso sistema della esecuzione forzata non è altro che lo strumento per rendere coattivo e imperativo lo *iussum* esecutivo giudiziale, le sanzioni possono essere dirette e prevedere la condanna della parte (e talvolta anche di un terzo) al pagamento di somme di danaro così come previsto a carico di chi si sottrae volontariamente al provvedimento che dispone l'assunzione della testimonianza e di chi si rifiuta di adempiere all'obbligo di un fare (o non fare) infungibile (art.614 bis cpc)..

Come pure consistere in sanzioni penali come nel caso dell'art.388 del codice penale..

Ovvero, possono essere indirette, nei casi in cui le conseguenze dell'inottemperanza vanno ad attingere, negativamente, il merito, come nel caso della mancata risposta all'interrogatorio formale, dell'art.116 cpc, dell'art. 118 cpc, etc.

In altri casi ancora dall'inottemperanza possono scaturire misure coercitive (è il caso dell'ordine di esibizione ex art. 210 cpc al quale, ove inadempito, può seguire il sequestro di cui all'art. 670 cpc)

Ciò per dire e concludere che l'inottemperanza, ingiustificata, delle parti (di regola quella convocata, posto che per l'istante sussiste adeguata sanzione ed infatti all'ordine della demandata segue nella quasi totalità dei casi l'introduzione del procedimento di mediazione), all'ordine del giudice ex art. 5 comma II° decr.lgsi.28/10, non solo di introdurre, ma di partecipare effettivamente alla mediazione, costituisce sempre grave inadempienza, dalla quale ben può discendere, secondo le circostanze del caso, l'applicazione della sanzione di cui al terzo comma dell'art.96 cpc.

-11- La quantificazione della somma al cui pagamento la convenuta va condannata ai sensi dell'art.96 co.III° cpc

L'ammontare della somma deve essere rapportato :

1. Allo *stato soggettivo* del responsabile, perché il dolo e la cosciente volontarietà della condotta censurabile ex art. 96 co.III° è più grave della colpa. **In questo caso vi è stata una volontaria condotta del Comune di Roma, che disattendendo il motivato e ragionevole invito del giudice di cercare di trovare un conveniente accordo tenendo conto di quanto argomentato nell'ordinanza, ha preferito portare la causa alle estreme conseguenze, aggravando inutilmente il lavoro del giudice, piuttosto che ragionare e discutere responsabilmente in sede conciliativa, con un sicuro risparmio anche per le casse dell'ente territoriale.**

Alla qualifica ed alle caratteristiche del responsabile, persona fisica o giuridica che sia, ed alla sua maggiore o minore capacità anche in termini organizzativi, di preparazione professionale, culturale, tecnica, di assumere condotte consapevoli (si tratta di un parametro che riguarda la scusabilità, ove esistente, in misura maggiore o minore, della condotta censurata). **In questo caso la condotta dell'Ente territoriale non è scusabile per le ragioni dette.**

Alla forza ed al potere economico del responsabile, che secondo le circostanze può risultare avere abusato con la sua azione o la sua resistenza, del giudizio, dei suoi tempi e del modo di gestirlo. **All'evidenza per un ente di grandi dimensioni, qual'è Roma Capitale l'eventualità della condanna alle (sole) spese connesse alla soccombenza non costituisce remora sufficiente per evitare condotte processuali deresponsabilizzate ed agnostiche**

Alla necessità che in relazione alle caratteristiche del soggetto responsabile, ed in particolare alla sua capacità patrimoniale, la condanna ex art.96 co III° cpc costituisca un efficace deterrente ed una sanzione significativa ed avvertibile. **Nei confronti di un'amministrazione pubblica tale provvedimento acquista maggiore efficacia, tale da essere in grado di sensibilizzare direttamente il funzionario responsabile e quello titolare del rapporto organico, se accompagnato dalla trasmissione degli atti all'Organo competente (Procura Generale della Corte dei Conti) per l'accertamento del danno erariale (in questo caso commisurabile quanto meno alla somma per la quale viene emessa condanna ex art. 96 co. III° cpc ed al contributo unificato), incombente che, valutata ogni circostanza, devesi senz'altro adottare in questo caso.**

Per la concreta determinazione della somma si ritiene di adottare, quale valido ed obiettivo parametro di riferimento, una somma di ammontare multiplo (**in questo caso triplo**) di quella liquidata a titolo di sorte.

-12- Il danno erariale – Trasmissione degli atti alla Procura Generale della Corte dei Conti

Come da ordinanza che segue.

-13- Le spese processuali.

Le spese (che vengono regolate secondo le previsioni – orientative per il giudice che tiene conto di ogni utile circostanza per adeguare nel modo migliore la liquidazione al caso concreto- della

l.24.3.2012 n.27 e del D.M. Ministero Giustizia 10.3.2014 n.55) vengono liquidate come in dispositivo.

La sentenza è per legge esecutiva.-

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, ogni contraria domanda eccezione e deduzione respinta, così provvede:

1. **CONDANNA** Roma Capitale in persona del Sindaco pro tempore al risarcimento dei danni che liquida in favore di srl TA nella complessiva somma di **€. 43.000** oltre interessi legali dalla data 31.1.2014 al saldo;
2. **CONDANNA** Roma Capitale in persona del Sindaco pro tempore al pagamento delle spese di causa che liquida in favore dell'attrice in complessivi **€. 6.000,00** per compensi , €300,00 per spese oltre IVA, CAP e spese generali; nonché spese di C.T.U.;

CONDANNA Roma Capitale in persona del Sindaco pro tempore al pagamento in favore delle attrici ai sensi dell'art.96 co.III° della somma di **€.18.000,00** ;

- **CONDANNA** Roma Capitale in persona del Sindaco pro tempore al pagamento in favore dell'Erario di una somma corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio, mandando alla cancelleria per la riscossione;
- **DISPONE** con separata ordinanza, l'invio degli atti e della sentenza alla Procura Generale della Corte dei Conti per la valutazione dei danni erariali;
- **SENTENZA** esecutiva.-

Roma li 25.5.2020

Il Giudice

dott.cons.Massimo Moriconi

Condividi